

University of Groningen

Raad van Arbitrage voor de Bouw, 14 juni 2018, No. 36.231, (Vervaltermijn algemene voorwaarden)

Pavillon, Charlotte

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Publication date:
2018

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):

Pavillon, C., (2018). *Raad van Arbitrage voor de Bouw, 14 juni 2018, No. 36.231, (Vervaltermijn algemene voorwaarden)*: TBR 2018/195, 7 blz., jun. 14, 2018. (Tijdschrift voor Bouwrecht; Vol. 2018, Nr. 12).

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

TBR 2018/195

Raad van Arbitrage voor de Bouw, 14 juni 2018, No. 36.231, (Vervaltermijn algemene voorwaarden)

(Ir. F.H. Van der Linde)

BW: art. 6:233 sub a, art. 6:236 sub g, art. 6:237 sub b, art. 7:761 lid 2; Algemene voorwaarden: art. 16

Vervaltermijn. Algemene voorwaarden. Onredelijk bezwarend of oneerlijk beding. Ernstig gebrek

Met gastnoot C.M.D.S. Pavillon, Red.**De gronden van de beslissing
De feiten**

5. Tussen partijen staat het volgende vast:

a. De rechtsvoorgangers van verkrijgers en onderneemster hebben op 29 oktober 2002 een koop-/aannemingsovereenkomst gesloten (hierna: de koop-/aannemingsovereenkomst) met betrekking tot de koop van een recht van erfpacht dat ziet op een perceel grond te X., thans D.straat te X., in eigendom toebehorende aan de gemeente X. (hierna: het recht van erfpacht), met daarop een door onderneemster (af) te bouwen woning (hierna: de woning).

b. In de koop-/aannemingsovereenkomst is onder meer het volgende vermeld:

'(...) II De verkrijger geeft opdracht en de ondernemer neemt aan, conform de betreffende technische omschrijving en tekening(en) en voor zover aanwezig staten van wijziging, al welke tot deze overeenkomst behoren en door beide partijen zijn gewaarmerkt, op bovenomschreven grond de daarop geprojecteerde | in aanbouw zijnde opstal(len) (af) te bouwen naar de eis van goed en deugdelijk werk, met inachtneming van de voorschriften van overheid en nutsbedrijven. (...)

De verkrijger verklaart een afschrift te hebben ontvangen van:

(...) 7. De bij de notaris gedeponeerde verkoopbrochures "E. wonen bij wieden & water, type

A-B-F" d.d. 21 september 2001, , welke deponering in de plaats treedt van waarmerking als bedoeld op blad 2 onder II van deze koop-/aannemingsovereenkomst (...).'

c. De oplevering van de woning aan de rechtsvoorgangers van verkrijgers heeft in 2003 plaatsgevonden.

d. De woning maakt onderdeel uit van een aantal in de X.se wijk E. gelegen (nieuwbouw)woningen. Op de daken van de woningen, waaronder de woning van verkrijgers, is een sierluis bevestigd die zich telkens als een aaneengesloten geheel uitstrekt over een hele woningrij.

e. Verrijgers hebben het recht van erfpacht met de woning bij koopovereenkomst van 21 november 2004 gekocht van hun rechtsvoorgangers (hierna:

de koopovereenkomst). Bij akte van levering van 3 januari 2005 is het recht van erfpacht en de woning geleverd. In genoemde akte is onder meer het volgende bepaald:

'(...) Artikel 4

(...) Alle aanspraken die verkoper ten aanzien van het verkochte kan of zal kunnen doen gelden tegenover derden, waaronder begrepen bouwvers, (onder) aannemers, installateurs en leveranciers gaan over op koper. (...).'

f. In een brief van 17 juli 2006 heeft F. (hierna: F.) onder andere verkrijgers het volgende geschreven, voor zover van belang:

'(...) Tevens is er in overleg met C. besloten om extra opwaaiankers op de polyesterluis te plaatsen. Deze werkzaamheden zullen tussen eind augustus en eind november uitgevoerd worden. (...).'

g. Omstreeks begin 2015 hebben onderneemster en de gemeente onder andere verkrijgers bericht dat na onderzoek is gebleken dat de sierluis mogelijk niet sterk genoeg zijn om op te staan en het gewicht van een pak sneeuw te dragen.

h. Vervolgens heeft de gemeente een technisch onderzoek laten uitvoeren naar de staalconstructie en de daarop bevestigde sierluis van de woningen. In een naar aanleiding van dat onderzoek opge-maakt technisch rapport, gedateerd 10 juli 2015, is onder meer het volgende geconcludeerd:

'(...)

7. Conclusies:**Staalconstructie:**

(...)

Handhaven van de staalconstructie is mogelijk mits alle voorzieningen zoals in dit rapport staan aangegeven worden uitgevoerd en de in dit rapport aangegeven nadere controles worden uitgevoerd met alle daaruit voortvloeiende benodigde voorzieningen.

Indien de luis vervangen worden dan mogen de vervangende luis niet meer wegen dan de huidige polyester luis.

Polyester luis:

Wij achten de totale constructie van de polyester luis niet geschikt om de belastingen, waaraan de constructie moeten kunnen worden blootgesteld, te kunnen dragen.

Luis moeten in zijn geheel vervangen worden of veilig gesteld worden of in zijn totaal verwijderd worden. (...).'

i. Bij beschikking van 14 oktober 2016 heeft de rechtbank Rotterdam het verzoek van onder meer eiser sub 1 om een voorlopig deskundigenonderzoek toegewezen, de heer L.E.J. de Rooij (hierna: de deskundige), schade-expert bij TOP Expertise B.V. tot deskundige benoemd en de aan hem te stellen vragen geformuleerd.

j. De deskundige heeft in zijn deskundigenrapport, gedateerd 24 januari 2017, onder meer de conclusies van de gemeente weergegeven in het onder h genoemde technisch rapport van de gemeente bevestigd. De deskundige heeft de kosten in verband met het verwijderen en vervangen van de sierluifels van de woning van verkrijgers begroot op een bedrag van € 17.592,95, inclusief btw.

k. Verkrijgers hebben de sierluifel in februari 2017 op eigen kosten (€ 300,00) laten verwijderen. l. Op de koop-/aannemingsovereenkomst zijn van toepassing verklaard de Algemene Voorwaarden voor de koop-/aannemingsovereenkomst voor eengezinshuizen (verder: de algemene voorwaarden), vastgesteld bij akte op 8 februari 1999 verleden voor notaris mr. A.J.A. van Orsouw te Utrecht.

m. Artikel 16 van de algemene voorwaarden luidt, voor zover van belang, als volgt:

'(...) Artikel 16

Onderhoudsperiode met garantie en aansprakelijkheid van de ondernemer

1. Onverminderd zijn verplichtingen als bedoeld in artikel 15 lid 1 garandeert de ondernemer rechtstreeks ingevolge deze voorwaarden de woning gedurende zes maanden na de datum van oplevering tegen daarin aan de dag getreden tekortkomingen. Klachten dient de verkrijger binnen genoemde garantieperiode schriftelijk aan de ondernemer kenbaar te maken, in welk geval de ondernemer onverwijld zal overgaan tot het nodige herstel. (...)

2. Na de in het eerste lid van dit artikel genoemde periode is de ondernemer niet meer aansprakelijk voor tekortkomingen aan de woning, a. tenzij sprake is van een niet door de ondernemer aan de verkrijger schriftelijk kenbaar gemaakte afwijking van de technische omschrijving en/of tekeningen en/of eventuele staten van wijziging waardoor de verkrijger schade lijdt. (...)

b. tenzij het huis of enig onderdeel daarvan een ernstig gebrek heeft; (...)

c. tenzij het huis of enig onderdeel daarvan een verborgen gebrek bevat en aan de ondernemer van zodanig verborgen gebrek binnen een redelijke periode na de ontdekking mededeling is gedaan; (...)

3. Een gebrek is slechts als ernstig gebrek als bedoeld in lid 2 van dit artikel onder b aan te merken, indien het de hechtheid van de constructie of een wezenlijk onderdeel daarvan aantast of in gevaar brengt, hetzij het huis ongeschikt maakt voor zijn bestemming.

4. Een gebrek als bedoeld in lid 2 van dit artikel onder c is slechts dan als verborgen gebrek aan te merken, indien het door de verkrijger redelijkerwijs niet eerder dan het tijdstip van de ontdekking onderkend had kunnen worden.

5. De rechtsvordering uit hoofde van een ernstig gebrek is niet ontvankelijk, indien zij wordt

ingesteld na verloop van twintig jaren na de in het eerste lid van dit artikel genoemde periode.

6. De rechtsvordering uit hoofde van een verborgen gebrek is niet ontvankelijk, indien zij wordt ingesteld na verloop van vijf jaren na de in het eerste lid van dit artikel genoemde periode, onverminderd het bepaalde in lid 5 van dit artikel (...).

Het geschil

6. Verkrijgers vorderen ondernemster te veroordelen tot betaling van een bedrag van € 17.542,95, met veroordeling van ondernemster in de kosten van de procedure.

7. Verkrijgers stellen daartoe primair - zeer kort en zakelijk weergegeven - dat ondernemster jegens hen aansprakelijk is op grond van het bepaalde in artikel 16 lid 2 sub a van de algemene voorwaarden, nu bij de uitvoering van de bouw is afgeweken van de technische tekeningen van 21 oktober 1999 en de verkoopbrochure. Subsidiar is volgens hen sprake van een ernstig gebrek als bedoeld in artikel 16 lid 2 sub b van de algemene voorwaarden. Meer subsidiar is, aldus nog steeds verkrijgers, sprake van een verborgen gebrek als bedoeld in artikel 16 lid 2 sub c van de algemene voorwaarden. Ondernemster is gehouden de dientengevolge door verkrijgers geleden schade te vergoeden. Deze schade bedraagt € 17.542,95, bestaande uit een bedrag van € 300,00 (de gemaakte kosten in verband met het verwijderen van de sierluifels) en een bedrag van € 17.242,95 (het door de deskundige begrote bedrag voor het vervangen van de sierluifels, exclusief de door hem begrote verwijderingskosten), aldus nog steeds verkrijgers. Zij verwijzen in dit verband naar het hiervoor onder rechtsoverweging j genoemde deskundigenrapport.

8. Ondernemster heeft gemotiveerd verweer gevoerd.

9. Op de (overige) stellingen en verweren van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

De beoordeling van het geschil

10. Tussen partijen is niet in geschil dat sprake is van een gebrek aan de (constructie van de) sierluifels van de woning.

11. Verkrijgers hebben hun vordering gebaseerd op het bepaalde in artikel 16 lid 2 sub a, b en/of c van de algemene voorwaarden.

12. Als meest verstrekkend verweer heeft ondernemster aangevoerd dat verkrijgers niet-ontvankelijk zijn in hun vordering, aangezien de in artikel 16 van de algemene voorwaarden overeengekomen vervaltermijnen voor het instellen van een rechtsvordering uit hoofde van een (verborgen en/of ernstig) gebrek en/of afwijking van contract-

stukken ten tijde van het indienen van de memorie van eis ruimschoots waren verstrekt.

13. Arbitrator stelt voorop dat op grond van artikel 16 lid 1 van de algemene voorwaarden ondernemer in beginsel na een periode van een half jaar na oplevering (de garantieperiode) niet meer aansprakelijk is voor tekortkomingen aan de woning. Dit lijdt uitzondering als sprake is van één van de situaties als genoemd in artikel 16 lid 2 sub a, b en/of c van de algemene voorwaarden.

Ten aanzien van artikel 16 lid 2 sub a van de algemene voorwaarden

14. Het geschil van partijen spitst zich allereerst toe op het antwoord op de vraag of sprake is van een situatie als bedoeld in artikel 16 lid 2 sub a van de algemene voorwaarden.

15. Volgens artikel 16 lid 2 sub a van de algemene voorwaarden is ondernemer ondanks het verstrijken van de onderhoudstermijn toch aansprakelijk voor een niet door haar aan de verkrijgers schriftelijk kenbaar gemaakte afwijking van de technische omschrijving en/of tekeningen en/of eventuele staten van wijziging waardoor de verkrijgers schade lijden.

16. Arbitrator stelt vast dat het bij de uitzondering van artikel 16 lid 2 sub a van de algemene voorwaarden moet gaan om tot de koop-/aannemingsovereenkomst behorende stukken. Dit betekent in het onderhavige geval dat sprake moet zijn van een afwijking van de onder II van de koop-/aannemingsovereenkomst genoemde tekeningen en/of stukken (zie rechtsoverweging 5.b). Meer in het bijzonder moet sprake zijn van een afwijking van tekeningen en of stukken opgenomen in het op pagina 9 van de koop-/aannemingsovereenkomst opgenomen lijstje met contractstukken.

17. De stelling van verkrijgers dat sprake is van een situatie als bedoeld in artikel 16 lid 2 sub a van de algemene voorwaarden, aangezien ondernemer bij de uitvoering is afgeweken van de bij de bouwvergunningaanvraag behorende technische tekeningen van 21 oktober 1999, gaat niet op. Anders dan verkrijgers hebben betoogd behoren bedoelde tekeningen niet tot de contractstukken. De tekeningen zijn niet opgenomen in het lijstje met contractstukken op pagina 9 van de koop-/aannemingsovereenkomsten. Dat bedoelde technische tekeningen behoren bij de bouwvergunningaanvraag, maakt dit niet anders. De bouwvergunningtekeningen zijn niet bij het tot stand komen van de overeenkomst door ondernemer verstrekt en zijn dus niet aan te merken als de onder II van de overeenkomst bedoelde stukken. Voor zover verkrijgers hebben gesteld dat als de in artikel 16 lid 2 sub a van de algemene voorwaarden bedoelde tekeningen (en overige stukken), alle stukken zijn

aan te merken op basis waarvan de woning is gebouwd, derhalve ook alle stukken die niet onder II van de overeenkomst bedoelde worden genoemd, is dat niet juist. Verder overweegt arbitrator dat is gesteld noch gebleken dat eerdergenoemde bij de bouwvergunningaanvraag behorende technische tekeningen op enig moment onderdeel zijn geworden van de tussen partijen tot stand gekomen koop-/aannemingsovereenkomst. In ieder geval kan dit niet uit laatstgenoemde overeenkomst worden afgeleid. Dit alles betekent dat ook indien juist zou zijn dat ondernemer bij de uitvoering van eerdergenoemde technische tekeningen is afgeweken, deze afwijking geen grond vormt voor een vordering op grond van artikel 16 lid 2 sub a van de algemene voorwaarden.

18. Ter onderbouwing van hun stelling dat sprake is van een afwijking als bedoeld in artikel 16 lid 2 sub a hebben verkrijgers verder verwezen naar de verkoopbrochure van 21 september 2001. Deze verwijzing kan verkrijgers niet baten. Weliswaar is genoemde verkoopbrochure opgenomen in het lijstje met contractstukken op pagina 9 van de koop-/aannemingsovereenkomsten, maar in het licht van de gemotiveerde betwisting door ondernemer is niet komen vast te staan dat de verkoopbrochure (technische) details bevat ten aanzien van de sierluifel. Daarbij is van belang dat verkrijgers ter zitting hebben verklaard dat zij niet (meer) beschikken over de verkoopbrochure.

19. Nu geen andere feiten en omstandigheden zijn gesteld of gebleken die tot een ander oordeel zouden kunnen leiden, is de conclusie dat geen sprake is van een situatie als bedoeld in artikel 16 lid 2 sub a van de algemene voorwaarden. Verkrijgers kunnen zich dan ook niet met succes op dit artikel beroepen.

Ten aanzien van artikel 16 lid 2 sub b van de algemene voorwaarden

20. Vervolgens ligt ter beoordeling voor of verkrijgers zich met succes kunnen beroepen op het bepaalde in artikel 16 lid 2 sub b van de algemene voorwaarden.

21. In de kern spitst het geding tussen partijen zich toe op het antwoord op de vraag of sprake is van een ernstig gebrek in de zin van artikel 16 lid 3 van de algemene voorwaarden.

22. Arbitrator stelt voorop dat sprake is van een ernstig gebrek als bedoeld in artikel 16 lid 3 van de algemene voorwaarden, indien het de hechtheid van de constructie of een wezenlijk onderdeel daarvan aantast of in gevaar brengt, hetzij de woning ongeschikt maakt voor zijn bestemming. Voorts stelt arbitrator voorop dat met het aantasten van de hechtheid van de constructie of een wezenlijk onderdeel daarvan wordt bedoeld dat de hechtheid daarvan zo wordt aantast dat het kan leiden tot

instorting of dreigende instorting. Van ongeschiktheid voor zijn bestemming kan sprake zijn als de woning niet meer gebruikt kan worden voor het doel waarvoor het is bestemd. Het is aan verkrijgers om aan te tonen dat sprake is van een ernstig gebrek in vorenbedoelde zin.

23. Naar het oordeel van arbiter kan het gebrek aan de sierlufel van de woning niet worden beschouwd als een ernstig gebrek in de zin van artikel 16 lid 3 van de algemene voorwaarden. Daarbij is van belang dat de sierlufel uitsluitend de functie van gevelversiering heeft. Het gebrek aan de sierlufels heeft geen betrekking op de (hoofd) draagconstructie en ook niet op een wezenlijk onderdeel daarvan. Evenmin maakt(e) het gebrek aan de sierlufels de woning ongeschikt voor bewoning. Dat door het gebrek aan de sierlufels gedurende enige tijd een gevaarlijke situatie heeft bestaan is zeer vervelend geweest voor verkrijgers, maar dit maakt de beoordeling niet anders. Van een situatie waarin de woning door het gebrek niet meer gebruikt kon worden is nooit sprake geweest. Dat de sierlufel een architectonische en/of esthetische functie en een gebruiksfunctie had doet de beoordeling evenmin anders uitvallen. Een en ander laat immers onverlet dat voor een succesvol beroep op het bepaalde in artikel 16 lid 2 sub b van de algemene voorwaarden sprake moet zijn van een aantasting van de hechtheid van de constructie of een wezenlijk onderdeel daarvan. Hetzelfde geldt voor de door verkrijgers naar voren gebrachte omstandigheid dat het gebrek aan de sierlufels zich niet alleen bij de woning van verkrijgers, maar ook bij andere woningen voordoet.

24. Al het voorgaande leidt ertoe dat geen sprake is van een ernstig gebrek in de zin van artikel 16 lid 3 van de algemene voorwaarden. Verkrijgers kunnen ondernemster zodoende niet op grond van artikel 16 lid 2 sub b van de algemene voorwaarden aansprakelijk houden.

Ten aanzien van artikel 16 lid 2 sub c van de algemene voorwaarden

25. Tot slot hebben verkrijgers hun vordering gebaseerd op het bepaalde in artikel 16 lid 2 sub c van de algemene voorwaarden.

26. Op grond van artikel 16 lid 1 van de algemene voorwaarden is ondernemster in beginsel na een periode van een half jaar na oplevering (de garantieperiode) niet meer aansprakelijk voor tekortkomingen aan de woning. Dit luidt onder meer uitzondering als de woning een zogenaamd verborgen gebrek bevat (artikel 16 lid 2 sub c van de algemene voorwaarden). Ingevolge het bepaalde in artikel 16 lid 6 van de algemene voorwaarden is de rechtsvordering niet ontvankelijk als zij wordt ingesteld na verloop van vijf jaren na de garantie-

periode. Deze termijn van vijf jaar is een vervaltermijn, die niet kan worden gestuit.

27. De woning van verkrijgers is (aan hun rechtsvoorgangers) opgeleverd in 2003. De garantieperiode van zes maanden na de oplevering liep af zes maanden na de oplevering. Dat betekent dat verkrijgers hun rechtsvordering, veronderstellenderwijs ervan uitgaande dat sprake is van een verborgen gebrek, een en ander zoals door verkrijgers is gesteld en door ondernemster gemotiveerd is betwist, en uitgaande van een oplevering aan het einde van 2003, hadden moeten instellen in ieder geval vóór juli 2009 (namelijk 5 jaar na de garantieperiode). Nu de memorie van eis pas op 25 september 2017 bij de Raad is binnengekomen, is dat te laat en moeten verkrijgers in hun vordering niet-ontvankelijk worden verklaard.

28. Verkrijgers hebben zich op het standpunt gesteld dat de in artikel 16 lid 5 van de algemene voorwaarden bepaalde vervaltermijn van vijf jaar in het geval van een verborgen gebrek onredelijk kort is, dat bedoeld beding kwalificeert als een oneerlijk beding in de zin van de Richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten (hierna: de Europese Richtlijn) en dat dit beding buiten toepassing moet worden gelaten. Ondernemster heeft dit gemotiveerd betwist.

29. Arbiter volgt verkrijgers niet in hun stelling dat het onderhavige artikel van de algemene voorwaarde buiten toepassing moet blijven (naar arbiter begrijpt vernietigbaar is) in verband met het onredelijk bezwarende karakter daarvan. Arbiter overweegt daartoe dat dit beding is opgenomen in het model van de algemene voorwaarden voor de koop-/aannemingsovereenkomst van eengezinswoningen, welk model is vastgesteld door de Koninklijke Notariële Broederschap, de Nederlandse Vereniging van Makelaars in onroerende goederen, de Nederlandse Vereniging van Bouwondernemers, N.V. Bouwfonds Nederlandse Gemeenten, de Consumentenbond en de Vereniging Eigen Huis. Het beding maakt derhalve deel uit van breed gedragen algemene voorwaarden. Arbiter voegt aan het voorgaande toe dat, anders dan door verkrijgers is betoogd, genoemd artikel van de algemene voorwaarden niet onduidelijk of onbegrijpelijk is geformuleerd. In het licht van het voorgaande is naar het oordeel van arbiter geen sprake van een onredelijk bezwarend beding.

30. Arbiter voegt aan het voorgaande toe dat niet is gesteld en ook niet is gebleken dat de onderhavige vervaltermijn wordt vermeld op de zogenaamde 'blauwe lijst', de indicatieve lijst met bedingen die behoort bij de Europese Richtlijn en die als onredelijk bezwarend zouden kunnen worden aangemerkt. Voorts voegt arbiter aan het

voorgaande toe dat op grond van de het bepaalde in artikel 6:233 juncto artikel 6:236 sub g van het Burgerlijk Wetboek (BW) de verkorting van een vervalltermijn tot minder dan een jaar op de 'zwarte lijst' staat en dat een dergelijk beding op die grond als onredelijk bezwarend vernietigbaar zou zijn. In dat licht bezien kan een vervalltermijn voor het instellen van een rechtsvordering uit hoofde van verborgen gebreken van vijf jaar, zoals in het onderhavige geval, op zich niet zonder meer als onredelijk bezwarend worden aangemerkt. De enkele omstandigheid dat het gebrek aan de sierlufel van de woning ruim nadat de vervalltermijn was verstrekken, is ontdekt, geeft anders dan door verkrijgers is gesteld geen aanleiding de vervalltermijn van vijf jaar als onredelijk bezwarend aan te merken.

31. Verkrijgers hebben zich verder nog op het standpunt gesteld dat ondernemster zich niet op de vervalltermijn van vijf jaar kan beroepen, aangezien zij al in 2006 wist dat de sierlufels gebrekkig waren, maar dat zij dit bewust heeft verzwegen. Arbitrèr passeert deze stelling, nu verkrijgers hun stelling, die door ondernemster gemotiveerd is betwist, onvoldoende hebben onderbouwd. De door verkrijgers gedane verwijzing naar de brief van 17 juli 2006 (zie hiervoor onder rechts-overweging 5.f) kan hen niet baten. Uit genoemde brief kan slechts worden afgeleid dat in 2006 een aanpassing aan de sierlufels heeft plaatsgevonden om het opwaaien ervan bij storm in de toekomst te voorkomen. Uit deze brief kan echter op geen enkele wijze worden afgeleid dat ondernemster al in 2006 van het gebrek aan de sierlufels op de hoogte was, laat staan dat daaruit kan worden afgeleid dat ondernemster dit bewust zou hebben verzwegen.

32. Het hiervoor overwogene leidt tot de conclusie dat de vordering van verkrijgers uit hoofde van een verborgen gebrek na afloop van de vervalltermijn van artikel 16 lid 6 van de algemene voorwaarden, derhalve te laat, is ingesteld, zodat verkrijgers in zoverre in hun vordering niet-ontvankelijk moeten worden verklaard.

De slotsom

33. Al het voorgaande betekent dat ondernemster niet meer aansprakelijk is voor het gebrek aan de sierlufel van de woning. Verkrijgers zijn niet-ontvankelijk in hun vordering, althans hun vordering moet worden afgewezen. De overige stellingen en verweren van partijen hoeven geen verdere bespreking. (*Enz., enz., Red.*)

NOOT

1. De woning is in 2003 opgeleverd. Van toepassing op de koop-/aannemingsovereenkomst zijn de Algemene Voorwaarden voor de koop-/aannemingsovereenkomst voor eengezinshuizen (1999). Art. 16 lid 2 bevat een vervall-

termijn van zes maanden na oplevering voor tekortkomingen aan de woning. Het artikellid bevat uitzonderingen voor niet-mee gedeelde afwijkingen van de technische omschrijving en/of tekeningen behorende tot de overeenkomst (sub (a)), alsook voor ernstige (sub (b)) en verborgen gebreken (sub (c)).

2. In 2004 is het recht van erfpacht met de woning verkocht aan eisers. De levering vond plaats begin 2005 onder de voorwaarde dat '(...) alle aanspraken die verkoper ten aanzien van het verkochte kan of zal kunnen doen gelden tegenover derden, waaronder begrepen bouwers, (onder)aannemers, installateurs en leveranciers over(gaan) op koper', in lijn met art. 6:251 BW. Tegen het beroep op een dergelijk 'kwalitatief recht' kan de derde in kwestie zich jegens de koper beroepen op de met de oorspronkelijke kopers overeengekomen algemene voorwaarden. Op grond van het *nemo plus*-beginsel kan de derde in beginsel (afgezien van de mogelijke toepassing van art. 3:36 BW) aan eisers alle contractuele verweermiddelen tegenwerpen die hij tegen de oorspronkelijke kopers kon aanvoeren.¹

3. Op het dak van de woning is door verweerster een sierlufel bevestigd 'die zich telkens als een aaneengesloten geheel uitstrekt over een hele woningrij'. In 2015 bleek na onderzoek dat de staalconstructie waarop de lufel van o.a. eisers rustte niet sterk genoeg was om op te staan en het gewicht van een pak sneeuw te dragen. Wat de aanleiding vormde voor dit onderzoek, wordt niet duidelijk. Gelet op de prijs van vervanging (ruim €17.000) kiezen eisers in eerste instantie voor verwijdering van de lufel, op eigen kosten (€300). Zij laten het er echter niet bij zitten en vorderen van verweerster de kosten van de plaatsing van een nieuwe lufel. Overigens waren de lufels in 2006 door verweerster reeds van extra opwaaiankers voorzien.

4. Eisers beroepen zich op de drie uitzonderingen uit art. 16 lid 2 van de algemene voorwaarden. De RvA behandelt de drie uitzonderingsgronden afzonderlijk en wijst de vordering af. Het beroep op sub (a) faalt omdat de tekeningen waarvan zou zijn afgeweken geen onderdeel uitmaakten van de overeenkomst. Het beroep op sub (b) faalt eveneens: het gebrek aan de lufel vormt geen ernstig gebrek. Hoewel op beide afwijzingen het nodige valt af te dingen (het tot het contract 'behoren' van de tekeningen wordt zeer letterlijk opgevat en het door het gebrek gecreëerde gevaar wordt enigszins weggewuifd), sta ik in deze noot uitgebreid stil bij het beroep van eisers op sub (c) (verborgen gebrek). Dit beroep kan hen evenmin baten omdat de in sub (c) bedoelde vervalltermijn op het moment van het indienen van de memorie van eis reeds was verstreken. Art. 16 lid 6 van de algemene voorwaarden bepaalt dat de rechtsvordering ex sub (c) niet ontvankelijk is als zij wordt ingesteld na verloop van vijf jaren na het einde van de zes maanden garantiëperiodes. Deze termijn is een vervalltermijn, die niet kan worden gestuit.

¹ Vgl. C.E. Du Perron, *Overeenkomst en derden: een analyse van de relativiteit van de contractswerking*, Deventer: Kluwer 1999, p. 320.

5. Eisers stellen dat deze vervaltermijn onredelijk kort is en een oneerlijk beding vormt in de zin van de Richtlijn oneerlijke bedingen dat buiten toepassing moet worden gelaten. Hiermee bedoelen eisers volgens de arbiter de vernietigings sanctie van art. 6:233 sub (a) BW in te roepen.² Deze koppeling van de richtlijn aan het BW-artikel is volkomen terecht. De toetsing aan art. 6:233 sub (a) BW in het licht van de richtlijn pakt evenwel niet goed uit voor eisers. In de toetsing of sprake is van een onredelijk bezwarend beding worden in het nadeel van eisers de volgende omstandigheden meegewogen:

- Het brede draagvlak voor het beding.
- Het feit dat het beding, anders dan door eisers gesteld, niet onduidelijk of onbegrijpelijk is.
- Het feit dat niet is gesteld of gebleken dat het beding op de Europese lijst staat.
- Het feit dat het beding niet binnen het bereik van art. 6:236 sub g BW valt.

Deze lijst omstandigheden en de manier waarop zij samen het lot van de vervaltermijn bepalen, verdienen een kritische beschouwing. Ik beperk mij tot de volgende drie punten.

6. Ten eerste mis ik in dit 'lijstje' een gelet op de Europese jurisprudentie wezenlijk gezichtspunt: het feit dat het beding afwijkt van aanvullend recht en de consument in een nadeligere positie plaatst dan waarin hij zich op grond van de wet bevindt.³ Het belang van dit gezichtspunt onderstreepte de Hoge Raad (wederom⁴) in een recente prejudiciële beslissing: '3.8.2. Om te bepalen of een beding een aanzienlijke verstoring van het evenwicht tussen de uit de overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen van partijen veroorzaakt, moet met name rekening worden gehouden met de toepasselijke regels van het nationale recht wanneer partijen op dit punt geen regeling hebben getroffen. Aan de hand van een dergelijk vergelijkend onderzoek kan de nationale rechter bepalen of, en in voorkomend geval, in welke mate, de overeenkomst de consument in een juridisch minder gunstige positie plaatst dan die welke uit het geldende nationale recht voortvloeit.'

7. In onderhavig geval wijkt art. 16 lid 6 AV duidelijk af van art. 7:761 lid 2 BW. Ik besprak deze materie in mijn annotatie bij Geschillencommissie Garantiewoningen 31-1-2017, dossiernr. 104963, TBR 2017/86, in welk vonnis de afwijking van de wet wel werd meegewogen (zonder evenwel de doorslag te geven). De vraag of een dergelijke afwijking is gerechtvaardigd, dient te worden beantwoord aan de hand van een afweging van de kenbare belangen van partijen alsmede de aard en de overige inhoud van de overeenkomst. Een dergelijke rechtvaardigingstoetsing ontbreekt in dit vonnis. Een belangenafweging is bij dit van de wet afwijken-

de beding zeker op haar plaats: waarom wordt dit beding eigenlijk zo breed gedragen? Er wordt geen aandacht besteed aan de gezichtspunten uit art. 6:233 sub (a) BW⁵ (behalve de tweezijdige totstandkoming). Partijen hebben mogelijk niets gesteld te dien aanzien, maar juist dan zou de objectieve toetsing aan het wettelijke kader moeten prevaleren. Overigens staat het desbetreffende beding ook op gespannen voet met art. 6:237 sub (b) BW.⁶

8. Een tweede kanttekening bij de meegewogen omstandigheden is het gewicht dat wordt toegekend aan de brede steun voor het beding bij verschillende organisaties die de belangen van professionele partijen en consument behartigen. Ook dit gezichtspunt komt uitgebreid aan de orde in de aangehaalde annotatie.⁷ Het bij de RvA populaire gezichtspunt dat een algemene voorwaarde 'breed gedragen' wordt,⁸ althans werd ten tijde van de totstandkoming van de desbetreffende set algemene voorwaarden, is zeker relevant maar niet zonder meer beslissend in een *individuele* zaak. Het tijdens de totstandkoming van de algemene voorwaarden ontstane consensus is het resultaat van een proces van geven en nemen tussen onderhandelende partijen. Een consumentenorganisatie kan moeite hebben met een bepaald beding maar deze gecompenseerd zien door andere bedingen waarvoor zij zich hard heeft gemaakt of zelfs door toezeggingen die de inhoud van de algemene voorwaarden niet rechtstreeks raken. Akkoord gaan met het totaalpakket betekent niet dat ieder afzonderlijk beding even breed wordt gedragen. Het kan de afwijking van de wet op zich niet rechtvaardigen: duidelijk moet zijn welke belangenafweging aan die afwijking ten grondslag ligt. Waarom is het redelijk dat bij 'consumentenbouw' dat decennia mee moet gaan, de aansprakelijkheid voor verborgen gebreken tot 5,5 jaar na oplevering is beperkt, terwijl art. 7:761 lid 2 BW uitgaat van een verjaringstermijn van 20 jaar bij verborgen gebreken voor alle opdrachtgevers (niet slechts de particuliere)?

9. In de derde plaats is de voor de consument nadelige uitkomst van de toets gegrond op een drietal *contrario*-redenaties die geen recht doen aan het open karakter van de onredelijk bezwarend-norm. Een *contrario*-redenering houdt in dat uit het gegeven dat een beding niet op een lijst staat of wel aan de eisen van duidelijkheid en begripelijkheid voldoet, wordt afgeleid dat het beding redelijk is. Dit

5 Art. 6:233 sub (a) BW: 'Een beding in algemene voorwaarden is vernietigbaar

a. indien het, gelet op de aard en de overige inhoud van de overeenkomst, de wijze waarop de voorwaarden zijn tot stand gekomen, de wederzijds kenbare belangen van partijen en de overige omstandigheden van het geval, onredelijk bezwarend is voor de wederpartij.'

6 Art. 6:237 sub (b) BW betreft een beding 'dat de inhoud van de verplichtingen van de gebruiker wezenlijk beperkt ten opzichte van hetgeen de wederpartij, mede gelet op de wettelijke regels die op de overeenkomst betrekking hebben, zonder dat beding redelijkerwijs mocht verwachten'.

7 Zie ook: C.M.D.S. Pavillon, 'De Titel Aanneming van werk in een consumentenrechtelijk perspectief: de invloed van Europa', TBR 2018/136, p. 904-911.

8 RvA 19 juni 1997, nr. 17.754, BR 1998, p. 778 en RvA 22 september 2006, nr. 27.868, r.o. 13-15. Zie ook RvA Bouw 16 mei 2012, ECLI:NL:XX:2012:BX6886, m.nt. M.S. Houweling, BR 2012/126, nr. 16.

2 De toetsing aan art. 6:233 sub (a) BW behoeft dus niet ambtshalve te geschieden. Arbitrator was ook zonder een beroep op de richtlijn door de consument verplicht geweest om het beding aan de toetsing te onderwerpen.

3 HR 29 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1800, met verwijzing naar HvJ EU 16 januari 2014, ECLI:EU:C:2014:10, C-226/12.

4 Dit deed hij al in HR 21 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:773, r.o. 3.5.5 (Tjuihuis/Dexia).

gegeven wordt dan meegewogen bij de oneerlijkheidstoetsing, in het nadeel van de consument. Arbiters en rechters moeten naar mijn mening voorzichtig zijn met dergelijke redeneringen en met het betrekken hiervan bij de toetsing aan de open norm. Net zoals een arbitragebeding dat niet valt onder art. 6:236 sub (n) BW onredelijk bezwarend kan zijn op grond van de open norm, kan een vervaltermijn dat niet binnen het bereik van art. 6:236 sub (g) BW past, nog steeds vernietigbaar zijn op grond van art. 6:233 sub (a) BW. Oudere rechtspraak van de Hoge Raad⁹ wijst op de toelaatbaarheid van een *a contrario*-redenatie wanneer een beding overeenkomt met aanvullend recht.¹⁰ Dergelijke redeneringen passen echter niet bij de lijsten, en al helemaal niet bij de nadrukkelijk indicatieve en niet-limitatieve Europese lijst. De SER maakte zich in 2009 al druk om *a contrario* redeneringen bij bedingen die niet op lijsten prijken.¹¹ Het open karakter van de oneerlijkheidsnorm wordt uitgehouden en de effectiviteit van de door de richtlijn oneerlijke bedingen aan de consument geboden bescherming wordt sterk belemmerd door dergelijke redeneringen. Het gebrek aan transparantie van een beding kan wijzen op de onredelijkheid van een naar zijn inhoud bezwarend beding maar de duidelijkheid of begripelijkheid van een beding kan andersom de inhoudelijke bezwarendheid niet rechtvaardigen.¹²

10. Al met al zijn de meegewogen omstandigheden niet van dien aard dat zij de conclusie dat het beding in de concrete situatie eerlijk is kunnen staven. Het oordeel dat het beding niet onredelijk bezwarend is, is hiermee niet voldoende gemotiveerd. Het beding wordt ook niet 'echt' beoordeeld op zijn inhoud en impact op de contractuele verhouding, terwijl de Europese definitie van een oneerlijk beding hier duidelijk om vraagt.¹³ De onredelijk bezwa-

rend-toets uit art. 6:233 sub (a) BW dient in conformiteit met de richtlijndefinitie plaats te vinden.

11. Ten slotte wil ik graag opmerken dat ook al 'doorstaat' het beding de onredelijk bezwarend-toets er, afhankelijk van de omstandigheden van het geval, mogelijk ruimte is voor de toepassing van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. Vooropgesteld zij, dat bij de beoordeling van het onredelijk bezwarend karakter van een beding uit moet worden gegaan van de omstandigheden ten tijde van de sluiting van de overeenkomst. Als omstandigheden *na* het sluiten van de overeenkomst reden vormen om de toepasselijkheid van het beding in concrete geval uit te sluiten, komt art. 6:248 lid 2 BW in beeld. Geoordeeld kan worden dat het de gebruiker onder *die* omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet is toegestaan om een beroep op de contractuele vervaltermijn te doen. De omstandigheid dat de luifels in 2006 zijn verstevigd, had mogelijk als een dergelijke omstandigheid kunnen worden gezien maar arbiter passeert deze stelling van eisers. Omdat niet duidelijk is wat de aanleiding was voor de ontdekking van het gebrek in 2015, kan moeilijk worden ingeschat of de toepassing van art. 6:248 lid 2 BW in deze zaak uitkomst had kunnen bieden. De toets komt overigens ook goed van pas als sprake is van gewijzigde opvattingen ten aanzien van de geldigheid van een beding in een 'oudere' set algemene voorwaarden en het draagvlak voor een bepaald beding in de loop der tijd is afgebrokkeld (zoals is gebeurd bij het arbitragebeding zonder bedenktijd). Van die gewijzigde opvattingen zullen rechter en arbiter naar ik verwacht wel op de hoogte zijn.

C.M.D.S. Pavillon

⁹ HR 23 februari 2001, NJ 2001/277 (Montoya en Cloudstorm/ABN AMRO), r.o. 3.8.2

¹⁰ In gelijke zin: art. 1 lid 2 richtlijn oneerlijke bedingen ('Contractuele bedingen waarin dwingende wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen of bepalingen of beginselen van internationale overeenkomsten waarbij de Lid-Staten of de Gemeenschap partij zijn, met name op het gebied van vervoer, zijn overgenomen, zijn niet aan deze richtlijn onderworpen').

¹¹ Advies inzake Consumentenrechten in de interne markt (advies van 17 juni 2009, SER 2009/05), Den Haag: SER 2009, p. 65.

¹² Zie over deze materie: C.M.D.S. Pavillon, *Open normen in het Europees consumentenrecht: de oneerlijkheidsnorm in vergelijkend perspectief* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2011, *passim*.

¹³ Deze definitie luidt: 'een beding in een overeenkomst waarover niet afzonderlijk is onderhandeld, wordt als oneerlijk beschouwd indien het, in strijd met de goede trouw, het evenwicht tussen de uit de overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen van de partijen ten nadele van de consument aanzienlijk verstoort' (art. 3 lid 1 richtlijn).